

Joint Ventures ohne Meldepflicht

Mit Teilfunktionen vermeidet man die Fusionskontrolle

Von Johannes A. Bürgi und Daniel Staffelbach*

Kooperationsvorhaben fallen unter Umständen in den Bereich der kartellrechtlichen Fusionskontrolle. Dabei werden auch bei relativ geringfügigen Kooperationen zwischen Grossunternehmen die Schwellenwerte häufig erreicht, was eine vorgängige Meldepflicht und aufwendige Abklärungen der Behörde auslöst. Im Bereich von Joint Ventures ist diese Meldepflicht nicht gegeben, wenn sie nur Teilfunktionen umfassen.

Joint Venture steht für eine Zusammenarbeit oder Interessenzusammenlegung von zwei oder mehreren Unternehmen in einer abgeordneten wirtschaftlichen und rechtlichen Einheit.

Optimalere Marktnutzung

Unternehmen benötigen ein effizientes, aber meist kostenintensives Verkaufsnetz, oder sie haben durch die Art ihrer besonderen Dienstleistung notwendigerweise häufigen und engen Kontakt mit ihren Kunden. Mit den dadurch entstehenden Geschäftsgelegenheiten könnten auch weitere, durch Drittfirmen hergestellte Produkte oder deren Dienstleistungen mit verhältnismässig wenig Aufwand unter Senkung der eigenen Fixkosten angeboten werden.

Beispielsweise pflegen Krankenversicherer wegen ihrer Struktur, Tradition und vor allem auch der Praxis monatlicher Abrechnung mit ihren Versicherten einen besonders intensiven Kundenkontakt. In einer ähnlichen Situation befinden sich Elektrizitätswerke, die nicht nur regelmässig Rechnung stellen, sondern mittels Leitungen auch physisch mit dem Kunden verbunden sind. Versicherer (oder künftig Elektrizitätswerke) können sich so als Vertriebs- und Inkasso-Organ zur Verfügung stellen, wodurch sie ihre Strukturen optimal nutzen und ihre Konkurrenzfähigkeit im Kerngeschäft steigern. Sollen Chancen und Risiken gleichmässig verteilt sein, genügen dazu einfache Vertriebsverträge nicht mehr. Eine gesellschaftsrechtliche Joint-Venture-Lösung liegt deshalb nahe. Joint-Venture-Partnern eröffnet sich so mit geringen Investitionen der Zugang zu einer Vielzahl von potenziellen Kunden.

Meldepflicht und Vollzugsverbot

Ab bestimmten Schwellenwerten (Art. 9 Kartellgesetz) sind geplante Unternehmenszusammenschlüsse dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (Weko) vor deren Vollzug zu mel-

den. Die beteiligten Unternehmen dürfen den Zusammenschluss vor vollständiger Meldung nicht vollziehen. Wann die Meldung als vollständig erachtet wird, entscheidet die Weko. Dieser Teil des Verfahrens wird vor allem von Seiten des Managements als langwierig und geschäftsbehindernd empfunden. Erst wenn die Weko die Anmeldung als vollständig erachtet, muss sie sich innert Monatsfrist entscheiden, ob eine materielle Prüfung des Zusammenschlusses angeordnet werden soll.

Ein Joint Venture ist in der Regel meldepflichtig, sofern zwei der die Kontrolle erwerbenden bzw. begründenden Muttergesellschaften die relevanten Umsatz-Schwellenwerte erreichen; der erwartete Umsatz des Joint Venture fällt dagegen ausser Betracht. Da das Kartellgesetz zur Berechnung der relevanten Schwellenwerte auch die Umsätze der Muttergesellschaften einbezieht, sind die Schwellenwerte auch in reinen Binnenverhältnissen und bei relativ geringfügigen Kooperationsvorhaben – insbesondere zwischen Gruppengesellschaften von Versicherungskonzernen, bei welchen an die Stelle des Umsatzes die Bruttoprämieinnahmen treten – häufig erreicht.

Folgen der Verletzung der Meldepflicht

Verletzungen der Meldepflicht werden von der Weko mit Verwaltungssanktionen von bis zu 1 Mio. Fr. gebüsst; gemäss der geltenden Praxis werden diese Verwaltungssanktionen sogar verschuldensunabhängig ausgesprochen. Entscheidungsträger im entsprechenden Unternehmen können überdies persönlich strafrechtlich mit Bussen bis zu 20 000 Fr. bestraft werden. Zivilrechtlich wird ein meldepflichtiger Zusammenschluss erst wirksam durch Bewilligung des Vollzugs des Zusammenschlusses bzw. durch Ablauf der Frist zur Einleitung einer Prüfung nach erfolgter Meldung. Dies bedeutet für nicht gemeldete, aber an sich meldepflichtige Zusammen-

schlüsse, dass die dem Zusammenschluss zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte, wie etwa der Joint-Venture-Vertrag, zivilrechtlich nie wirksam werden. Diese Rechtsunsicherheit birgt nicht kalkulierbare Risiken.

Teilfunktions-Joint-Venture als Alternative

Indessen unterliegen nur sogenannte Vollfunktions-Joint-ventures – anders als die sogenannten Teilfunktions-Joint-Ventures – der kartellrechtlichen Meldepflicht. Ein Vollfunktions-Joint-Venture im Sinne des schweizerischen Kartellrechts liegt vor, wenn es sich – erstens – um ein Vollfunktionsunternehmen handelt, das – zweitens – eine selbständige wirtschaftliche Einheit darstellt und – drittens – auf Dauer ausgelegt ist. Um als Vollfunktionsunternehmen qualifiziert zu werden, muss ein Joint Venture selbständig als Anbieter oder Nachfrager auftreten. Es bildet weiter nur dann eine selbständige wirtschaftliche Einheit, wenn es in der Lage ist, eine eigenständige, von den Muttergesellschaften unabhängige Geschäftspolitik zu verfolgen. Schliesslich muss es seine Tätigkeit langfristig ausüben können, um dem Kriterium der Dauerhaftigkeit zu entsprechen. Ist eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt, liegt bloss ein sogenanntes Teilfunktions-Joint-Venture vor, welches nicht der kartellrechtlichen Meldepflicht unterliegt. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Geschäftsführung des Joint Venture an die Muttergesellschaft A, der Vertrieb vollständig an die Muttergesellschaft B delegiert worden ist, womit das Joint Venture dauerhaft auf Know-how, Managementleistungen, personelle Ressourcen und Vertriebsanstrengungen der Mutter-

gesellschaften angewiesen bleibt.

Als Alternative zur kartellrechtlichen Meldepflicht bieten sich deshalb Kooperationsvorhaben in der Form von Teilfunktions-Joint-Ventures an. Diese können von den Wettbewerbsbehörden zwar unter dem Aspekt der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung (Art. 5 und 7 Kartellgesetz) untersucht werden. Durch geeignete Redaktion der dem jeweiligen Kooperationsvorhaben zugrunde liegenden Verträge lässt sich indessen häufig eine kartellrechtskonforme Grundlage der Zusammenarbeit erreichen. Das Wegfallen des zeit- und kostenaufwendigen Meldeverfahrens der Zusammenschlusskontrolle kompensiert diesen Aufwand insbesondere in mittelgrossen Verhältnissen.

Rechtssicherheit durch «Comfort Letters»

Das Sekretariat der Weko hat jüngst von seiner gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit zur Abgabe von Stellungnahmen bei einem Kooperationsvorhaben zweier Versicherer Gebrauch gemacht und ist – soweit ersichtlich erstmals auf Grund der Qualifikation des Kooperationsvorhabens als blosses Teilfunktions-Joint-Venture – von keiner kartellrechtlichen Meldepflicht ausgegangen. Durch geeignete Ausgestaltung der Kooperationsvorhaben lässt sich demnach eine kartellrechtliche Meldung vermeiden. Die Wettbewerbsbehörden sind bereit, über Stellungnahmen (sogenannte Comfort Letters) des Sekretariats der Weko für die notwendige Rechtssicherheit zu sorgen.

* Die Autoren sind Rechtsanwälte bei Walder Wyss & Partner in Zürich.